

資 料

## 障害者権利条約に照らしてみた 法的能力および法的保護

—— フランス成年後見法は、条約12条に適合するか？ ——

エミリー・ペクール  
アンヌ・カロンドーデグリズ  
ティエリー・ヴェレイド  
山城一真（訳）

### 翻訳の趣旨

以下に紹介するのは、Recueil Dalloz 誌に掲載された標記の小稿である（原論文：Émilie PECQUEUR, Anne CARON-DÉGLISE et Thierry VERHEYDE, *Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention?*, Recueil Dalloz, 5 mai 2016, p. 958）。

日本法においては、この数年来、障害者権利条約のもとでの成年後見法制の見直しが一つの課題として意識されてきた。日本法と同じく、「後見」「保佐」を中心とする類型論を基礎とした成年者保護制度を有し、しかも、後見類型において包括的な能力制限と法定代理権の付与とを認めているフランス法のもとでも、条約に直面する状況は同じはずである。しかし、これまでのところ、フランス法においては、この問題に関する本格的な議論はみられなかったようであった<sup>訳注(1)</sup>。原論文は、この主題を扱ったフランスの法律論文として、おそらくは初めて公刊されたものである。

以上の状況からも窺われるとおり、フランス法は、条約への対応において先端的な取り組みを行っているわけではない。けれども、フランス法の状況に関心

を有する者は、日本の学界・実務界においても少なくないと思われるため、本稿をもって、その一斑を紹介したいと考えた次第である<sup>訳注(2)。</sup>(山城記)

訳注(1) この問題については、山城一真「フランス法における成年被後見人の職務——障害者権利条約に関する議論をも踏まえて」成年後見法研究13号(2016年)5頁において不十分ながらも考察を行った(本論文は、日本成年後見法学会第12回学術大会(2015年5月30日)における報告を基礎とする)。もっとも、この報告・論文執筆の基礎となる調査を行った時点では、フランス法においては、障害者権利条約と成年後見法との関係をめぐる議論は皆無であり、ことによると、障害者法や成年後見法の研究者によってさえ、問題の所在が認知されていない状況にあった。ここに紹介する論文は、条約12条と成年後見法との関係を主題とし、しかも、前稿では採り上げなかった身上監護の問題を取り扱ったものであるから、これを紹介することによって、前稿では伝えられなかったフランス法の議論状況をいくらかは補うことができるのではないかと考えている。前稿には、原論文の著者とはニュアンスを異にする分析も含まれてはいるけれども、訳者としては、基本的には、前稿におけるフランス法の考察の内容を改める必要を感じてはいない\*。

\* ただし、前稿注8(7頁)におけるベルギー法への言及(フランス法と「同文のルールを採用した」とする部分)は、同国の法状況を正確に伝えないものであった。ベルギー法は、2013年3月17日の改正の後にも、フランス法と同じく« représentation »の文言・概念を法典に残していたため、一般的意見の趣旨に照らした再検証を促されることとなった。しかし、その成年者保護法の内容がフランス法とは大きく異なることは、本稿の末尾にも言及されるとおりである。以上の点につき、ここに記して補正する次第である。

訳注(2) 翻訳にあたっては、著者および原論文の出版元であるグロース社からの許諾を得たほか、著者とのコンタクトをとるにあたっては、ナタリー・ペテルカ教授(パリ第12大学)のお手を煩わせた。ここに記して感謝し上げる。Je tiens à remercier les auteurs de l'article, M<sup>me</sup> Émilie Pecqueur, M<sup>me</sup> Anne Calon-Dégliise et M. Thierry Verheyde et l'édition Dalloz pour l'autorisation de la traduction ainsi que M<sup>me</sup> le Professeur Nathalie Peterka pour les précieuses aides qu'elle m'a accordé.

\*            \*            \*

**本稿の要旨：**国際的な動向の進展に伴い、フランスの成年者保護制度は、法的能力を制限する効果をもつ点で、国連障害者権利条約12条に反しているのではないかとする見方が広がっている。フランスの制度は、障害を理由とする差別に基づくものだというのである。代理と代行的意思決定の仕組みである後見に対しては、とりわけ批判が強い。たしかに、フランスの立法は——実務はなおさらのこと——、被保護者の権利と選択を尊重するために、さらに改善される余地を含むものではある。けれども、差別との關いという名目で、法的能力の制限と一切の代理の仕組みを単に廃止してしまうことは、行き過ぎであるように思われる。脆弱な人々のなかには、その権利である実効的な保護を奪われることで、かえって不利益を被ることになる者さえいるだろう<sup>(1)</sup>。

障害者の権利に関する国連条約12条は<sup>(2)</sup>、障害者の法的人格および法的能力の承認に関する平等原則、ならびに、障害者の市民的および政治的能力の享有と行使とに関する障害者の差別禁止原則を定めている。

2014年に採択された一般的意見第1号において<sup>(3)</sup>、障害者権利委員会は、本条の解釈についてラディカルな立場を採った。それは、とりわけ、代行的決定を定めるあらゆる保護制度を廃止する必要性を主張する点に現れている。同委員会によれば、その種の制度は、差別的性格を有するものであり、本人の完全な法的能力を維持する支援付き決定のシステムによって取って代わられなければならないとされるのである。

フランスの後見裁判官は、脆弱者（*personne vulnérable*）の法的保護に関する2007年3月5日の法律第2007-308号が、条約12条のみならず、委員会の一般的意見に適合し得るかどうかという問題を突きつけられている。一般的意見

(1) 本稿は、2015年12月10日にヴェルサイユ控訴院で開催されたコロール「知的障害者の法的保護と司法へのアクセス」における、エミリー・ベクール氏の報告を基礎とするものである。このコロールは、AJuPID（知的障害者の司法へのアクセス）プログラムの一環として開催された（[www.ajupid.eu](http://www.ajupid.eu)）。

(2) <http://www.un.org/french/disabilities/default.asp?id=1413>.

(3) [http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Comité\\_personnes\\_handicapées\\_Observation\\_générale\\_1\\_2014\\_FR.pdf](http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Comité_personnes_handicapées_Observation_générale_1_2014_FR.pdf)

は、保佐と後見という保護制度を廃止することを強く推奨しているのである。

脆弱者の保護に関するフランスの制度は、時に逸脱的な運用がみられはするものの、原理の面では、条約12条によって課される諸要求に沿っているようにみえる。条約12条および一般的意見によって課される一定数の諸原則をよりよく考慮することは、法律の規定それ自体よりも、むしろその運用の面で特に発展をもたらすことが予想される。

後半では、支援付き決定へと移行するために、代行的決定の制度をすべて廃止することができるかどうかを検討することが重要であろう。こうしたパラダイム転換は、原理としては賞賛されるべきものであろうが、実務上の問題はもちろん、倫理的なレベルでの問題にも逢着するように思われる。

## I 2007年3月5日の法律は、条約12条に適合するか？

### A 法律の規定

#### 1 法が掲げる基本原則

強調されるべきだと思われる第一の点は、2007年法と条約とがいくつかの基本原則を共有していることである。

フランス法においては、保佐または後見の保護措置が開始されたからといって、被保護者の法的人格、たとえば、被保護者の所有権や相続権には何らの影響も生じないことに注意しよう。

民法典415条は、保護の開始および遂行に関する要件を定めるものであるが、そこでは、条約3条にもみられる基本原則が参照されている。すなわち、個人の自由、基本権、および人の尊厳の尊重、ならびに本人の利益と自律の促進である。

この415条は、成年者が、自身の状況が必要とするところに応じて、その身上および財産に関する保護を受けるとも定めている。つまり、障害があることと保護措置に付されることとの間には必然的な結びつきはなく、必要に応じて保護措置を行うことができるにすぎないのである。これは、どのような原則に従うのであろうか。

この点について定めるのは、民法典425条である。同条は、一方では、精神的な能力の低下または意思の表明を困難にする身体的な能力の低下が医学的に確認されなければならないこと、他方では、こうした能力の低下のために、本人が単独でその利益を確保することができなくなっていなければならないこと

を定めている。これらの要件は、いづれかが満たされれば足りるものではなく、双方がともに充足されなければならない。つまり、能力の低下が確認されるだけでは、保護措置を開始するには足りないのである。また、425条は、保護措置の言渡しは、428条が定める補充性の原則に照らして吟味される余地があると定める。裁判官は、保護措置が必要であり、かつ、強制の程度の小さいその他の措置（委任、将来保護委任等）によっては本人の保護を図ることができないことを確認しなければならないのである。最後に、保護措置は、本人の必要に比例し、それに見合ったものでなければならない。

このように、保護措置の開始時における裁判官の評価はきわめて重要であり、能力の低下を認める根拠があったとしても——委員会は、この原則に対して異を唱えているわけだが——、裁判官は、保護措置を言い渡すに先立ち、本人の具体的な環境および状況に関するあらゆるファクターを考慮しなければならない。場合によっては、保護措置は不要だと判断したならば、申立てを棄却しなければならない。その典型例は、（障害者や高齢者の）施設に入所する際に、施設のイニシアティブによって画一的になされる申立てである。この場合には、後見裁判官は、特に家族のなかで意思決定を支援する制度があり、それが本人の保護にとって十分であるならば、保護措置を開始しないのが通例である。

以上のとおり、フランスの成年者保護法は、保護の必要性、補充性、比例性の原則に基礎を置くものであり、民法典442条以下が定める措置の定期的な更新の原則を付け加えるならば（もっとも、周知のとおり、その実施には困難が伴うのであるが）、障害者の権利を保護するために国連条約12条4項が定めた諸原則のすべてをそこに見出すことができる。

## 2 保護措置それ自体の条約適合性

後見は代理制度であり、保佐は補佐制度であると考えられるのが通例である。そうすると、委員会の視点からは、後見は、原理的に12条に反するものとみられることになろう。けれども、こうした見方は、次の諸要素によって緩和されなければならない。

- 2007年法は、享有無能力を廃止し、行使無能力に置き換えた。たとえば、後見措置による保護を受ける者も、裁判所の許可を得て遺言をすることができるし（民法典476条を参照）、選挙法典（5条）は、後見裁判官が選挙権を維持するかどうかを裁定しなければならない、後見の場合におい

て、その旨を定める裁判所の明示的な判断があるときにしかこれを奪うことはできないと定めている。それは行使無能力なのであり、この無能力は、ある一定の時点について、独立の機関、つまり、憲法に従って個人の自由を保障する後見裁判官によって決せられるのであって、障害に伴う必然的な帰結ではないのである。

■ 財産管理については、後見は、実をいえば、通常与えられる定義よりも柔軟性を有する。民法典473条は、後見裁判官に対して、被後見人が単独で、あるいは後見人の補佐を得てすることができる行為をリストアップする余地を認めているのである。また、476条は、贈与については、代理ではなく、補佐の原則を定めている。

■ 身上監護については、民法典457-1条以下が独自の取扱いを定めており、その内容は、代理とはほど遠いものである。

— 民法典457-1条は、自身に関するあらゆる行為につき、心神の状態に見合った情報の提供を受ける権利を定めている。本人に見合った情報は、代行的でない、支援に基づく決定を促進するためには、不可欠の第一段階をなす。

— 458条は、一身専属的行為の観念を定義している。一身専属的行為については、後見裁判官も保護を引き受ける者も、いかなる干渉をすることもできない。特に、親子関係、親権または養子縁組への同意に関する行為は、後見裁判官や保護措置を引き受ける者による一切の干渉を免れ、あらゆる市民と等しく、一般法の領分に属する。

— 民法典459-2条は、居所や他者との関係形成に関する選択自由の原則を定めている。これについては、後見裁判官が緊急の場合に干渉することができるにとどまる。

— 459条は、身上に関する他のあらゆる決定につき、保護措置の性質や程度のいかんにかかわらず、被保護者の自律を定めている。補佐や代理の利用は、補充的にしか検討され得ないのである。

さらに、医療同意に関する問題が残されている。いまのところ、民法典と公衆衛生法典との間での規律内容の調整は困難をきわめているが、改正案が審議されており<sup>(4)</sup>、来年には、これらの規定をよりよく調整するためのワーキン

(4) フランスにおける公衆衛生制度の現代化に関する2016年1月26日の法律第

グ・グループが立ち上げられるはずである。

## B 12条に関する運用上の諸問題

### 1 実務上の諸問題

民法典の規定は条約12条の基本的な諸要請に応えるものであるように思われるが、その運用についてさらなる発展が求められることは明らかである。現行法上のルールの適用については、様々な問題があることを強調しなければならない。

先に保護措置の補充性について指摘したように、障害者とその家族は、保護措置を開始するように第三者から迫られる事態にしばしば逢着する。

- 後見や保佐といった措置は補充的な保護手段であるにもかかわらず、高齢者・障害者施設に入所する際には、これらの措置を開始するように求められることがある。一定の行為（特に、医療や介護に関する決定）についての支援を確実に行うために、本人が認めている場合であっても、親の関与を一切拒絶する施設もある。子が成年に達したのだから、保護措置が開始されていない以上は親が干渉する余地はないというのが、その理由である
- 手当（成年障害者手当、高齢者自助手当）を得るためのいくつかの手続につき、給付を得るための前提として、債務者たる機関から保護措置の開始を求められることがある。

障害者の完全な法的能力できる限り広く尊重するための方策は何かという問題も、いまや避けて通ることができない。AJuPID（知的障害者の司法へのアクセス）のプログラムのなかで示される「支援型のプラクティス」、たとえば、本人に見合った福祉上の付添い措置（MASP）の実施、「会話サークル」への参加、障害者に関する案件を担当する国の役務（裁判、警察等）に従事する者に支援を求めること等は、2007年法の理念とも非常にうまく調和する。そのような方法が存在し、それによって本人の利益を実効的に保護することができるならば、それらの方法が保護措置よりも先に活用されなければならない。ただ、そうした措置は、いまよりも広く行われ、拡充される必要があろう。身体障害者について行われるMASPの最適調査は、1人のソーシャルワーカーが

---

2016-41号 L 211 条を参照。



25人の調査を行うことを想定しているが、裁判による保護の受任者（専門職後見人または専門職保佐人）は、1人あたり50人から100人の事件を受任しているのである。

もっとも、リソースの問題だけですべてが解決されるわけではなく、専門職による2007年法の実践が、特に強化型の保佐のなかでさらに浸透しなければならないことも強調されなければならない。民法典472条が定める収入を超える被保護成年者による処分自由の原則を強化型の保佐の場面で遵守することは、いまだに困難である。その原因は、元本が浪費されるリスクや「慎重な」節約の必要性を考える一部の受任者が、財産を自由に使ってよいことを黙っていることである場合もあるし、一部の地域では「食品クーポン」として財産を残している例もあるし、本人の名において行われるあらゆる決定について最大限の安全を確保しなければ責任を追及されるおそれがあると考えて、裁判所が本人の希望に反する危険を冒していることもある。

こうした問題点に加えて、社会生活上の抵抗もある。今日でもなお、保護措置に付されている者が自らの権利を主張することについては、微妙な問題がある。カードを紛失したときに、窓口で現金を引き出すことができないことがあるし、住居申請書類を突き返されることや（「これは、あなたの保佐人が申請すべきものです」）、さらには、単に医療保険一次金庫の権利を確認されることもある。

とはいえ、こうした実務上の問題は、民法典の規定の改正ではなく、現場でのプラクティスの改善によってしか解決され得ないことが強調されなければならない。

## 2 12条とその注釈という有益なガイド

現場でのプラクティスの改善策として、一般的意見は、興味深い考え方を導入している。本人の利益に優先すべきものとされる「本人の意思と選好の最善の解釈」がそれである。

415条は、被保護者の利益に触れている。これは、後見裁判官や保護を行う者が尊重する責務を負う、客観的で、単一で、優越的な利益が存在するかのようを考えさせる。けれども、こうした考え方には濫用のおそれが伴う。この考え方によると、「できる限りリスクが小さい」という意味での本人の利益に適うと思われるようなやり方で、本人の立場にたって決定することになりがちだからである。

第一に、利益という観念は、単一のものではない。子や孫に（少々の）金銭



をとられることと、家族のもとを訪れないこととでは、どちらが本人の利益に適うだろうか。金銭面での利益であろうか、それとも愛情面での利益であろうか。利益という概念は、多様な意味を含むものとして理解されなければならないだろう。そして、そのような複数形の利益 (les intérêts) は、本人の意思と選好の最善の解釈という考え方によらなければ定められないのである。本人にとって、何が重要なのであろうか。本人は、いままで、どのような生活上の選択、普段の行動をしてきたのであろうか。

第二に、問題となるすべての決定について、補充性の原則が適用されなければならない。保護を行う者にとっては、「認めてよいか」ではなく、「断ってよいか」が問われなければならないのである。

たとえば、保佐人は、8000ユーロの蓄えがある被保佐人からの初めての希望で、インターネットで知り合った人がフランスに来られるように500ユーロを送金したいと言われたとき、これを拒絶してよいものであろうか。より正確に言えば、そのような決定をするとどうなるか、その金銭がフランスへの渡航費用に使われない危険があることや、渡航費用に使ってもらうためにどのような準備をすべきか（たとえば、航空券の購入やビザの取得にかかった費用を直接払ってあげるほうがよいのではないか）を本人と一緒に考えてみる時間もとらずに、「馬鹿げているし、うまくいくはずがない」という理由で「とりつく島もなく」断ってしまってもよいものであろうか。

そうはいつても、法的能力の平等の原則の名のもとに、一切の代行的決定を廃止することができるのであろうか。

## Ⅱ 一切の代行的方法を廃止することはできるか、それは望ましいのか？

障害者権利委員会が支持するこの立場は、二つの問題に逢着するように思われる。一つは実務上の問題であり、いま一つは倫理上の問題である。

### A 実務上の問題

保護措置に付されている者のなかには、まったく意思表示をすることができない者もいる（植物状態にある者、重度の障害をもつ者、意思疎通がまったくできない者）。この場合には、代行的決定をすべて廃止することは難しいように思われる。

委員会は、「従来にはない意思表示の方法」に触れている。ここで問題となるのは、何がそれにあたり、また、だれがこの意思の解釈者となるかである。

独立かつ公正な機関としての後見裁判官を関与させることは、不当な影響を及ぼすおそれを回避するのに役立つと思われるし、また、上述の諸原則、つまり、それまでの生活上の選択およびライフスタイルに即した決定という考え方を踏まえるならば、単独で本人を代弁し、決定することができる者としての資格を第三者に与えるよりは、濫用のおそれは小さくなるであろう。

加えて、意思を表明することができず、またはできなくなってしまった者については、近親者間で利益の対立が生じることがよくみられる。自分の意思を表明することができなくなった高齢者の住居の選択や、重度の障害をもつ子をめぐる離婚した両親の間での対立等である。

これらの場合には、「いつも世話してきたから、私にはわかる」とか、「姉(兄)のせいで親の世話ができなくなっているけれども、そうなる前に親から聴かされていたことだから、私にはわかる」などといって、本人の意思の代弁者だという者が何人も名乗り出てくる。こうした状況では、強者の支配を認めるならばともかく、そうしないならば、第三者が、本人のために、本人の立場で、先にみた意思と選好の最善の解釈の原則を適用しつつ判断を行うことが必要になろう。そして、この第三者は、事前指示やその他の考えられる仕組みで本人の選択が表明されていなかったときは、本人が選んだ者ではないこともあり得る。

以上の立場は、本人の意思や、本人の意思を把握するための諸要素を考慮することを否定するものではない。老人ホームでの活動に参加していることや、入所後に体重が回復したことは、「私は自宅で過ごしたい」という口述筆記に優先することもあるだろうし、もはや会話をすることができなくなった者がホームへの入所に言及するや涙を流したことも、独立の第三者がそれを根拠として決定を行うための一資料となり得る。しかし、本人が、まったく意思表示ができなくなる前に自身の代理人を自ら指示をしていなかったケースでは、裁判所の関与や「本人の立場での」決定のほうが、代弁者を自動的に選ぶよりも望ましいように思われる。ただ、この決定については、理由づけがなされ、利害関係人に通知されなければならないし、不服申立ての機会が保障されなければならない。

## B 倫理上の問題と基本原理間での矛盾のおそれ

### 1 一身専属的行為——養子縁組に対する同意の具体例とその条約12条5項適合性

既に述べたとおり、一身専属的行為については、後見裁判官も保護措置を引き受ける者も、本人に代わって決定することはできない。民法典458条は、一身専属的行為を列挙しているが（なお、このリストは限定的なものではない）、既に問題が生じている。

破毀院は、2007年以前の事件において、自身の養子縁組に対する同意について既に一定の態度を示していたが、その判断は、458条のもとでも生きている。2008年10月8日の判決において<sup>(5)</sup>、破毀院は、成年被後見人が自らの養子縁組についてした同意は、一身専属的行為であり、後見人が本人に代わってすることのできないものであったとした。そうして、破毀院は、本人の父の妻が若年の成年者を代理して養子縁組に同意するために特別代理人（*administrateur ad hoc*）を選任することを認めなかった後見裁判官の決定を正当としたのである。

一身専属的行為についてはあらゆる代行的決定が否定されるとすれば、養子縁組の余地は完全に閉ざされているようにみえるが、このことは、特に財産の面では、本人の利益としては必ずしも有利にはならない。そのせいで、本人を養子にしたいと考える者から財産を相続することができなくなってしまうからである。

これでは、結局、他者との平等を基礎として、障害者が財産を保有し相続する権利を保障する適切かつ実効的な措置を講じることを加盟国に求めた条約12条5項との矛盾を来すことにならないだろうか。現状のままでは、フランスは、一身専属的な同意と代行的決定の禁止を優先させはするものの、愛情をそのままに受け容れるという人格的な利益と、より有利な条件で相続をするという財産的な利益とについて、本人に犠牲を強いていることにならないだろうか。

### 2 基本原則としての法的能力と他の基本原則との対立

問題を含んでいると思われる状況として、最後に採り上げるのは、明瞭な意

(5) Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2008, n° 07-16.094, Bull. civ. I, n° 223 ; D. 2008. 2832, note V. Norguin, 2663, obs. V. Egéa, 2009. 773, obs. F. Granet-Lambrechts, et 2183, obs. J.-M. Plazy ; AJ fam. 2008. 435, obs. L. Pécaut-Rivoliér ; RTD civ. 2008. 655, obs. J. Hauser.

思が表明されてはいるけれども、リスクを十分に理解していないために、それを文字どおりに適用すると他の基本原則に反することとなる場面である。

そのような場合として、本人がせん妄状態にあるために矛盾する希望を述べたときは、どうすればよいだろうか。

たとえば、いずれはそこに帰りたいと思っている住居を所有しているものの、現在は強制入院させられている若い女性が、自分は失業手当を受けていて、連れ合いがそれを管理していると主張して、障害成年手当の受給申請への書名に頑として応じない。ところが、その時、彼女はせん妄状態にあり、実は何か月も失業手当を受給しておらず、連れ合いもおらず、住居を追い出されるおそれがあったとしよう。

どのように解決すべきであろうか。説得がうまくいけばよいが、そうでなければ、住居を失うおそれを甘受して拒絶の意思に従うべきであろうか。それとも、拒絶の意思を無視して、本人が守りたいと考えている生活の場所を維持するために、手当を受給するための代理権を第三者に与えるべきであろうか。

同じく、「アフリカの孤児から盗んだ金だから」という理由で手当の受取りを拒絶し、支給を打ち切るように家族手当公庫に何度も手紙を書いているような場合はどうであろうか。本人は、賃貸住宅に住んでいるけれども資力がなく、この種のトラブルにもかかわらず、その地域と隣人からは受け容れられているとしよう。手当を拒絶するという意思を尊重するならば、もはや賃料を支払うことはできなくなるであろうから、立退きを迫られるおそれがある。しかし、そうになると、住居を失うか、あるいは、多かれ少なかれその意思に反して、どこかの施設に収容される結果となろう。居住への権利が憲法上の権利として認められていることをも考えると、この場合にも、どのように解決されるべきかが問題となる。後見という措置を利用することが、第三者が本人に代わって手当の申請と更新の手続を行い、給付金を受け取り、重要な支払を行い、そうして本人が満足している住居と生活条件を維持するための唯一の方法なのである。

最後の例を挙げよう。進行したハンチントン病を患った若い男性が、自宅の調査を拒否しているとする。その理由は、施設への収用を強いられると思い、同じ病気を患っていた父や兄弟のように施設で死ぬのは嫌だと考えていたからであった。3か月のうちに4度も消防士が入り、そのたびに扉をこじ開けなければならず、また、容態が悪くなって4度入院した後に、後見裁判官は、管理人が立ち入って住居を管理することができるように、本人の意思に反して、入

口の扉に鍵を設置することを許可した（代理権を伴う後見においても、プライバシーを侵害する場合には後見裁判官の許可が必要である。民法典459条3項）。

これらのケースでは、明らかに代行的決定が行われている。けれども、それは、本人が表明してきた最も深い意思、つまり、できる限り長く住居を維持したいという意思には適合しているのではないだろうか。

これらすべてのケースでは、法的能力の平等という名目で代行的決定を否定することが、最終的に、本人の疎外や排除、ひいてはその死をもたらしかねない。自律という原理は、あらゆることに優先するものではあるが、これを絶対視すると、最も脆弱な者の保護からは社会的に手を引く国家というヴィジョンを促すことになりはしないだろうか。問題は、ひとつにかかってこの点にあるのである。

いずれにしても、障害者人権委員会の一般的意見に対するフランス政府のコメントが次のように結んでいることには<sup>(6)</sup>、賛同することができる。すなわち、「心神の能力が低下している者の意思と自律とをできる限り促進する必要はあろうが、本人が求める必要かつ比例的な支援を与えるためには、個々のケースに適合する段階的なやり方を改善していかなければならない。条約12条4項は、この趣旨を定めるものである。そのような仕組みは、保佐や後見のような代行的意思決定の措置に依拠することを禁じるものではない」。

最後に、フランス法における後見という措置、つまり、代理による保護措置が、条約12条に適合するかどうかという問題を解決するためには、現在の制度を改正して、一元的な保護措置へと移行することとなろう。すなわち、保護措置を保佐に一元化したうえで、後見裁判官は、例外的な場合に限って、保佐のなかに代理への「窓口」を設けることができるようにすべきであろう。こうした制度は、次のような場面では既に用いられている。

■ 民法典472条の強化型保佐

■ 保佐に付された成年者が同意を拒絶することがその利益を著しく害する場合に、例外的に、保佐人に対して代理権を与えることができる場合

(6) Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/France-DGC\\_Art12.doc](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/France-DGC_Art12.doc).

(469条2項)

- 保佐において、身上に関する行為についての代理権を与える可能性  
(459条2項)

以上は、ドイツにおいて、1992年以降、「世話」とよばれる一元的な仕組みが採用するところである<sup>(7)</sup>。世話は、フランス法における保佐に近い。また、ごく最近では、ベルギーにおいて、2013年に<sup>(8)</sup>、原則として補佐を内容とする「管理」という仕組みが導入されたが、これも同様の仕組みをもつものである。

【後記】校正の段階で接した新たな動向に付言しておく。

① 2016年9月29日に公表された、権利擁護機関 (défenseur des droits) による報告書「脆弱な成年者の法的保護 (Protection juridique des majeurs vulnérables)」に接した ([http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-majeurs\\_vulnerables-v5-num.pdf](http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-majeurs_vulnerables-v5-num.pdf) より閲覧可能)。本報告書においては、条約12条の重要性を強調する立場から、「高次の利益」というパラダイムは、「意思と選考」というパラダイムによって代わらなければならないこと等が説かれている。ただし、その一方で、代行的意思決定が必要な場面がなお残ることは、条約12条によっても否定されないことも再確認されている。その際、一般的意見には拘束力はなく、条約12条は、世界人権宣言や国際人権規約をはじめとする国際文書と整合的に解釈されなければならないと指摘されていることにも注意されてよい (*v. ibid*, pp. 15-16)。

② 同じテーマを扱った論稿, D. NOGUÉRO, *Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux des personnes handicapées*, *Revue de droit sanitaire et social (RDSS)*, sept.-oct. 2016-5, pp. 964-972 に接した。代行的意思決定を廃止することに対しては、やはり強い警戒が示されている。

(7) T. Verheyde, *La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français?*, JCP N 1993. I. 396.

(8) *Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*, [http://justice.belgium.be/fr/themes\\_et\\_dossiers/personnes\\_et\\_familles/protection\\_des\\_majeurs/documents\\_utiles/legislation](http://justice.belgium.be/fr/themes_et_dossiers/personnes_et_familles/protection_des_majeurs/documents_utiles/legislation).